

Competência internacional concorrente. Artigo 88 do CPC e o foro de eleição

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.
Advogado em Porto Alegre e Brasília

SUMÁRIO I. Apresentação de um caso concreto. II. Jurisdição, competência e nacionalidade. III. Da jurisdição internacional concorrente. IV. Da duplicidade de foros de eleição. V. Da questão da eficácia da sentença.

I. APRESENTAÇÃO DE UM CASO CONCRETO

1. Braspetro Oil Services Company – Brasoil, com sede nas ilhas Cayman, na qualidade de subsidiária integral da Petrobrás Internacional S.A. – Braspetro, por sua vez subsidiária integral da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, por instrumento datado de 25.10.95 e após concorrência internacional, *contratou com um consórcio formado pela empresa A, pela empresa B e pela empresa C, a execução de todos os serviços relativos à conversão do navio petroleiro Vidal de Negreiros em uma Unidade Flutuante de produção, tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás, a ser utilizada na área de Albacora, na Bacia de Campos, litoral norte do Estado do Rio de Janeiro, contrato este sob o regime de empreitada por preço global, no montante de US\$ 163.000.021,00 (cento e sessenta e três milhões e vinte e um dólares norte-americanos).*

2. Tendo em vista o interesse evidente em assegurar a continuidade das obras e, assim, obter com brevidade uma menor importação de petróleo, a Brasoil fez constar do contrato cláusula estabelecendo a obrigatoriedade do consórcio apresentar um *Seguro de Garantia* da Execução das Obrigações Contratuais.

Para esse fim, as empresas consorciadas firmaram com as seguradoras norte-americanas United States Fidelity and Guaranty Company e American Home Assurance Company um “*Performance Bond*”, em valor equivalente ao do contrato de construção, pelo qual cada seguradora:

“... compromete-se, *solidária e individualmente*, por si, seus herdeiros, testamentários, inventariantes, sucessores e cessionários, perante a proprietária, pelo cumprimento do Contrato de Construção, o qual passa a fazer parte integrante deste documento, por referência” (grifamos).

3. Conforme narrou a Brasoil, algum das tempo depois duas empresas contratadas teriam ingressado em “crise financeira com graves reflexos na execução do contrato”, vindo a consumir os recursos financeiros antes da conclusão do empreendimento; tal fato obrigou-a a aportes e despesas adicionais, com atrasos no cronograma do contrato, tendo “ficado claro que o Consórcio, no afã de vencer a concorrência por menor preço, foi imprudente e negligente no orçamento de materiais, equipamentos e serviços que seriam utilizados na execução do empreendimento” (*sic*).

4. Segundo a Brasoil, estas circunstâncias caracterizaram o inadimplemento do Consórcio e destarte, após troca de correspondências, ela, proprietária, veio a notifi-



car as contratadas, em 16.6.97, explicitando, *in verbis*:

“Embora todo o valor contratual já tenha despendido no contrato, verificamos que o consórcio não concluiu as suas obrigações, conforme definidas na Cláusula Primeira do instrumento contratual em epígrafe. Deste modo (...) estamos comunicando formalmente a V. S^{as} o inadimplemento (*Contract default*) do Consórcio e a perda dos direitos do contrato.”

Concomitantemente, a proprietária iniciou os procedimentos para o resgate do valor garantido, promovendo as devidas comunicações às emitentes do *Performance Bond*. Estas, no entanto, propuseram um acordo em quantia que a ora consulente teve por irrisória.

5. Evidenciado, pois, o conflito de interesses, a Brasoil *ajuizou ação*, distribuída à 42^a Vara Cível da comarca do Rio de Janeiro, fazendo citar como ré as três empresas integrantes do Consórcio, todas domiciliadas no Brasil, e ainda a American Home Assurance Company, com sede em New York – USA e filial na cidade do Rio de Janeiro, Av. Almirante Barroso, 52/4º andar, e a United States Fidelity and Guaranty Company, com sede em Baltimore, Maryland – USA.

O pedido desdobra-se da seguinte forma:

a) *contra as sociedades consorciadas*, a ora consulente postulou fossem condenadas “solidariamente ao pagamento dos prejuízos sofridos pela autora, em decorrência do inadimplemento contratual”, com juros, correção monetária e ônus de sucumbência;

b) *contra as sociedades seguradoras*, a inicial pediu sua condenação “ao pagamento do seguro garantia (*Performance Bond*) em valor correspondente à totalidade dos prejuízos sofridos pela autora (...) limitados à quantia máxima de US\$ 163.000.021,00 (cento e sessenta e três milhões e vinte e um dólares norte-americanos), que deverá ser convertida em reais na data do efetivo pagamento dos prejuízos devidamente atualizados e acrescidos dos juros moratórios”, mais ônus de sucumbência.

Protestou, ao final, pela produção de provas, inclusive para determinação do *quantum indenizatório*, e arbitrou o valor da

causa em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), o equivalente a aproximadamente US\$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de dólares).

6. A ré American Home Assurance, citada por mandado através de sua filial no Brasil, e a ré United States Fidelity and Guaranty, que veio aos autos voluntariamente, apresentaram *resposta* onde, além da matéria de mérito, invocam diversas prefaciais.

Dentre as preliminares, sobreleva o *da falta de jurisdição dos tribunais do Brasil* para dirimir o pedido relativamente às contestantes, inclusive porque de nacionalidade estrangeira tanto a autora como as seguradoras. Sustentam estas que o pedido se funda em *Performance Bond*, instrumento de garantia contratual de direito norte-americano, firmado nos USA e onde estipulada cláusula de eleição do foro de New York. A obrigação das rés, se existente, seria de pagamento em dólares, portanto no exterior, ou de término da obra garantida, caso em que poderiam levar o navio para qualquer estaleiro de sua escolha, em qualquer lugar do mundo. Assim, não haveria motivo a justificar a jurisdição brasileira sobre o caso.

Além disso, as contestantes haviam proposto *ação declaratória* em Nova Iorque, foro de eleição constante do *Bond*, e isso anteriormente à ação ajuizada em nosso país pela autora.

7. *Replicou* a Brasoil, afirmando que as seguradoras, através do *Performance Bond*, garantiram, *solidariamente* com as contratadas, a execução do contrato de conversão do super-petroleiro Vidal de Negreiros em unidade flutuante de produção e armazenamento de petróleo, devendo prevalecer o contrato de construção sobre o contrato acessório. No contrato de construção, o foro de eleição é o da comarca do Rio de Janeiro. As testemunhas em sua maioria são brasileiras, no Brasil domiciliadas, e as provas substanciais também aqui se encontram, sendo aplicável a lei brasileira.

A Brasoil não é, aliás, signatária do *Performance Bond*, mas apenas sua beneficiária; destarte, a eleição para o foro alienígena não vincula a autora, mas apenas, em tese, as contratadas e as seguradoras. Incidiria ao caso, pois, a *competência concorrente*



prevista no art. 88 do CPC. Uma das seguradoras, a American Home, tem domicílio no Brasil desde maio de 1958. Concordam as partes em que o foro do local de cumprimento do contrato será o competente para dirimir a disputa: ora, o *Performance Bond* não é um seguro de garantia do pagamento (*Payment Bond*), mas um seguro de garantia de execução de um contrato a ser adimplido no Brasil.

Ostenta-se, outrossim, irrelevante, segundo a autora, a pendência de ação declaratória na cidade de Nova Iorque, pois a lei brasileira não reconhece a litispendência internacional, a teor do art. 90 do CPC.

8. Em audiência preliminar, realizada consoante o art. 331 do CPC, a MMª Juíza da 42ª Vara Cível do Rio de Janeiro proferiu decisão julgando *extinta*, “sem julgamento de mérito, a pretensão formulada em face da 4ª e da 5ª rés, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor da causa, nesta hipótese limitada ao valor da causa”, devendo o processo prosseguir relativamente às demais demandadas.

E assim decidiu por considerar que a autora “busca o pagamento em dólar da indenização contratada” e, destarte, seria “incompetente” a Justiça brasileira. A obrigação pecuniária, no entendimento da magistrada, fora “contratada em moeda americana e tem como local de pagamento os EUA”, havendo no *Performance Bond* cláusula expressa com opção pela Justiça de Nova Iorque. Além disso, a autora figura apenas como beneficiária da garantia, a qual não resulta de um “contrato acessório no amplo sentido da palavra e, como tal, não segue o principal”.

Embargos de declaração foram rejeitados com o asserto, inclusive, de que a hipótese “é de competência concorrente (art. 88 do CPC) e não de competência exclusiva (art. 89 do CPC) e os contratantes inseriram no contrato padrão uma modificação para firmar o foro alienígena”.

9. Manifestou a Brasoil Agravo de instrumento, em o qual sustenta que ela proprietária não assinou o *Performance Bond* e, destarte, a cláusula de eleição pela Justiça estrangeira não a vincula; além disso, pelos próprios termos do Edital de Concorrência,

deveria o proponente vencedor apresentar o *Performance Bond*, a ser integrado ao Contrato de Construção como seu Anexo X, cuidando-se, pois, de contrato “dependente” ou “acessório”, assim qualificados os que têm como pressuposto outro contrato.

A obrigação das seguradoras não era simplesmente de pagar, mas sim, se inadimplentes as contratadas, de executar ou completar as obras: assim, como local de cumprimento cumpre considerar aquele onde as obras estavam sendo executadas, não o local onde eventualmente pudesse ser feito o pagamento da indenização pelo descumprimento da obrigação originária.

Em *contra-razões* as agravadas sustentaram que o “*Performance Bond*” apresenta-se como contrato ‘autônomo’, emitido em Nova Iorque e regido pelo direito norte-americano: “não se cogita de contrato de seguro, mas sim de garantia para a execução de obrigações contratuais”, contrato pelo qual “o garantidor se obriga a concluir a obra ou indenizar o garantido, como observado pela própria SUSEP” (*sic*). Aduzem que, se pagamentos devessem ser feitos, teriam lugar nos Estados Unidos, em dólares depositados na conta da Brasoil em Nova Iorque.

10. A 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade, *proveu ao recurso*, sob o pressuposto de que “a competência da autoridade brasileira não poderá ser afastada, dado que neste País é que a obrigação deverá ser cumprida”, aditando que a norma de direito público, art. 12 da Lei de Introdução do Código Civil, “não pode ser suprida pela vontade das partes, ou seja, qualquer convenção não tem força de obstaculizar o ingresso nos tribunais brasileiros de qualquer interessado”, sendo considerado o *Performance Bond* como um “contrato acessório, garantindo a execução do contrato principal”.

As agravadas apresentaram *Embargos de declaração*, conhecidos mas desprovidos, sendo adotado como fundamento maior o de que as normas do art. 88 do CPC afiguram-se claras no sentido de que, cuidando-se de réu domiciliado no Brasil, *independentemente de sua nacionalidade*, é competente a autoridade judiciária brasileira para processar e julgar a demanda.



11. As empresas American Home Assurance e United States Fidelity and Guaranty manifestaram, então, *Recurso Especial*, com arrimo aos incisos *a* e *c* do permissor constitucional, alegando, quanto ao tema da jurisdição internacional, ofensa aos arts. 88 e seus incisos, 100, IV, 292, § 1º, II, do diploma processual civil e ao art. 12 da LICC.

Segundo as recorrentes, o direito brasileiro não reconhece a conexão de causas como elemento capaz de motivar a opção pela jurisdição nacional, a respeito invocando o aresto da eg. 3ª Turma do STJ, relator o em. Ministro Eduardo Ribeiro (Resp. nº 2.170, *RSTJ* 12/361). Além disso, tendo em vista a ação declaratória pendente nos USA, qualquer decisão da Justiça brasileira será ineficaz, máxime nos Estados Unidos, onde têm sede as recorrentes.

O aresto impugnado, influenciado pela ideia do seguro-garantia, teria tratado o *Performance Bond* como se fora um contrato acessório ao de construção, quando se cuida de contrato “autônomo e independente, ainda que relacionado ao contrato garantido”, porquanto “a autonomia é um traço característico de qualquer contrato do tipo de *suretyship*”. Concluem que, sendo “autônoma a garantia, prevalece a sua eleição de foro e o seu local de cumprimento da obrigação sobre qualquer outra disposição que possa constar do contrato garantido, concluindo-se pela falta de jurisdição das autoridades brasileiras”.

12. Em *contraminuta* ao apelo especial, a autora lembrou a irrelevância processual da *nacionalidade* das partes litigantes, e trouxe à colação aresto proferido pelo eg. STJ na AR nº 133/RS, pelo qual a norma do art. 88, II do CPC se sobrepõe ao foro eleito pelas partes; reitera, outrossim, que o *Performance Bond* integrou-se ao contrato de construção, dele dependendo. O foro de Nova Iorque é facultativo, e sua estipulação não obriga a Brasoil, mera beneficiária da garantia.

O Exmo. Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça determinou a *retenção do recurso*, ante a natureza de interlocutória da decisão proferida no Agravo de Instrumento, com incidência do art. 542, § 3º do CPC.

13. Ante tal decisão, as recorrentes ajuizaram *Medida Cautelar* no eg. Superior Tribunal de Justiça, tendo o eminente relator deferido a pleiteada liminar a fim de *sobrestar o andamento da ação indenizatória* em curso na 42ª Vara Cível do RJ, e determinar o *processamento do Recurso Especial* interposto pelas requerentes, sem prejuízo da aferição dos requisitos de admissibilidade na instância de origem.

O ilustre Des. 3º Vice-Presidente do TJ-RJ, com fundamentos eminentemente pragmáticos, deu seguimento ao Recurso Especial, *verbis*:

“Caso se entenda não deva ser admitido o recurso especial, a parte interporá o competente agravo e isto retardará mais ainda o exame do recurso especial, continuando sustado o andamento da causa.

Ora, o processo não deve ser apenas forma, porém atender aos fins práticos e, no caso, será mais prático admitir a apreciação do recurso pela egrégia Corte Superior, o que beneficiará ambas as partes.”

Sobre estes fatos, assim sucintamente narrados, foi suscitado nosso parecer.

II. JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E NACIONALIDADE

14. Tema central em debate: cabe à Justiça brasileira conhecer e julgar a demanda proposta pela Brasoil contra as emitentes do *Performance Bond*?

Como dissemos alhures (*Jurisdição e Competência*, 9ª ed., Ed. Saraiva, nº 1), ao direito subjetivo de “ação”, pelo qual alguém pede ao Estado que se lhe faça *justiça*, corresponde a atividade estatal da Jurisdição, pela qual o Estado cumpre o dever constitucional de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que lhe hajam solicitado. A Jurisdição é, com a Administração e a Legislação, forma de exercício da *soberania estatal*.

A Jurisdição tornou-se função estatal – como bem ensinou Moacyr Amaral Santos –, desde o momento em que, proibida a defesa privada por comprometer a paz do grupo social, “se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir o conflito que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele pre-

sumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida” (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, vol. 1, nº 44).

Como *longa manus* do legislador, pode-se dizer que o juiz transforma, pelo exercício da jurisdição, em *comando concreto* as normas gerais e abstratas da lei.

15. Saber qual a Justiça competente e, a seguir, qual o foro e o juízo internamente competentes, depende das circunstâncias de fato e de direito adotadas pela Constituição e, sucessivamente pela lei e por assentos regimentais, para definir e delimitar a medida em que cada juiz pode atuar como agente da soberania estatal (*Jurisdição e Competência*, cit., nº 1).

Por certo, ante a multiplicidade e a variedade das demandas proponíveis, tornou-se necessário encontrar critérios a fim de que as causas sejam adequadamente distribuídas aos juízes, de conformidade não só com o superior interesse em uma melhor aplicação do direito, como também buscando, na medida do possível, atender aos interesses particulares, à comodidade das partes litigantes.

Assim, todos os juízes exercem jurisdição, mas a exercem numa certa medida, dentro de certos limites. São, pois, competentes somente para processar e julgar determinadas causas.

A competência é, pois, a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz: “*La competenza è la giurisdizione che da astratta si fa concreta; vale a dire, la giurisdizione avvisata in rapporto a ciascuna causa*” (Aristides Manasserò, “*Introduzione allo studio sistematico della competenza funzionale in materia penale*”, 1939, p. 43, apud José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Ed. Forense, vol. 1, nota 11, p. 344).

16. A lei processual atribui competência aos juízes valendo-se, como já afirmado, de diferentes dados, relacionados principalmente com a própria lide ou com as pessoas dos litigantes. Assim, v.g., o local de domicílio do réu é o “dado” mais comum para a determinação da competência interna; mas também o valor atribuído à demanda, a matéria sobre que versa, o lugar onde se encontra o imóvel ou o bem objeto da causa, a

vinculação de uma demanda com outra que já se encontra pendente e muitos outros fatores são aproveitados pela lei (Lei Constitucional, leis federais e estaduais, assentos regimentais) para, isolada ou cumulativamente, dizer se uma determinada causa deve ser julgada pela Justiça do país A e não pela do país B, ou, internamente, pelo juiz A e não pelo juiz B ou qualquer outro juiz.

A busca do juiz competente apresenta-se, pois, como uma perquisição que se processa por etapas, cumprindo verificar, em primeiro lugar, se é competente a Justiça brasileira. Cuida-se, neste primeiro passo, da *competência internacional*. Somente se considerada competente a Justiça nacional, iremos sucessivamente indagar da Justiça interna competente (Justiça federal, estadual, trabalhista), do foro competente, do juízo competente, do juiz competente nos órgãos colegiados etc.

17. Do ponto de vista da *competência internacional*, é geralmente assente que a assunção pela Justiça de um país do poder de julgar determinada causa supõe, em princípio, a vinculação desta causa àquele país – teoria da “maior proximidade” de Wolff e, ainda, a possibilidade de tornar efetiva a sentença que venha a ser proferida, de molde a justificar como razoável o exercício da soberania estatal.

Para o direito nacional, cabe distinguir entre os casos de *competência exclusiva* da Justiça brasileira e os casos de *competência concorrente*.

Nos casos de *competência exclusiva*, se proposta ação perante um tribunal estrangeiro, a sentença que nela venha a ser proferida não poderá merecer homologação para cumprimento em nosso país, e também cartas rogatórias não merecerão *exequatur* (STF, Reg. Int., arts. 216, 217, I e 226, § 2º).

As hipóteses estão previstas no art. 89 do CPC, incluindo quaisquer ações relativas a imóveis situados no Brasil (tanto fundadas, diga-se, em direito real como em direito pessoal) e as ações de inventário e partilha de bens, móveis ou imóveis, situados no Brasil, e isso mesmo que o de cujus, haja sido estrangeiro e em território estrangeiro residente e falecido. Como vemos, não se enquadra nesta norma de lei o caso exposto na consulta.



18. Já nos casos de *competência concorrente*, a Justiça brasileira é afirmada competente para processar e julgar uma demanda, mas a lei nacional não exclui a possibilidade de a causa ser validamente (do ponto de vista do direito pátrio) processada e julgada em tribunal alienígena. Destarte, se a demanda tiver sido proposta fora do Brasil, a sentença do juiz estrangeiro será válida e eficaz também em nosso país, evidentemente depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal (RISTF, arts. 215 a 224, CPC, art. 483).

Esses casos, de *competência internacional competente*, de conformidade com o art. 88 do CPC, ocorrem:

a) quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, tiver domicílio no Brasil, reputando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui mantiver agência, filial ou sucursal;

b) quando a obrigação deva ser cumprida no Brasil, não importando, pois, sejam os litigantes de nacionalidade estrangeira e/ou domiciliados no exterior. Proposta a demanda no Brasil, o juiz brasileiro fará expedir, se o réu residir no exterior, carta rogatória citatória;

c) quando a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil. Assim, v.g., a demanda indenizatória por acidente de trânsito ocorrido em território nacional, vítimas e causador do evento cidadãos argentinos e na Argentina residentes e domiciliados, poderá ser proposta no Brasil, onde aliás melhor poderão ser apresentadas e colhidas as provas; mas, sendo concorrente a competência, a Justiça brasileira cumprirá eventual carta rogatória citatória passiva e não negará validade à sentença proferida por tribunal argentino.

19. Vale sublinhar que nestes casos de competência internacional concorrente pode ser a ação proposta no Brasil *mesmo que já esteja em andamento igual demanda (ou demanda conexa) perante a Justiça estrangeira*:

“Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.”

A litispendência, normalmente impeditiva a que alguém renove a mesma causa que já está em juízo (CPC, art. 301, V e § 3º), neste caso, excepcionalmente, não opera como exceção processual. Apenas se a demanda processada alhures já houver sido definitivamente julgada, com a respectiva sentença homologada pela Presidência do STF, tomar-se-á defeso o posterior ajuizamento da pretensão perante a justiça nacional (sobre o tema, Barbosa Moreira, artigo “Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide, no Brasil e em País estrangeiro”, in *RePro*, t. 7-8, item 7, pp. 51-58).

Cumpra anotar, portanto, e aliás é este um dos poucos temas incontestados, que a *ação declaratória* proposta perante a Justiça norte-americana pelas empresas signatárias do *Performance Bond*, em nada obsta ou prejudica a *demand a indenizatória* ajuizada pela consulente.

20. Em algumas ocasiões, as seguradoras atribuíram realce ao fato de serem domiciliadas nos USA, e igualmente de a consulente manter domicílio legal nas Ilhas Cayman. Perante o direito brasileiro, no entanto, a *cidadania da parte* é elemento totalmente irrelevante à determinação da competência, quer internacional como no âmbito interno.¹

1 Em tempos idos, qualificativos de ordem personalíssima das partes eram influentes na fixação da competência, tais como o *status* do litigante (nobre, eclesiástico) ou sua nacionalidade (v.g., prevalência de um juízo de exceção estrangeiro sobre o juízo territorial, nas causas de interesse do estrangeiro em países sob estatuto colonial ou semicolonial). Tivemos no Brasil, criados a partir do Alvará de 4 de maio de 1808, cargos de “juiz conservador da Nação Britânica”, encarregados de processar e sentenciar as causas em que tivessem interesse “os vassallos britânicos”. Eram juizes brasileiros, escolhidos pelos súditos ingleses do local da jurisdição e nomeados por El Rei (ao tempo do Reino Unido) e, com a Independência, pelo Imperador do Brasil; aplicavam, todavia, a lei nacional e de suas sentenças cabia recurso ao Tribunal da Relação. Os “juizes conservadores” já existiam em Portugal pelo menos desde 1450 (reinado de Afonso V), e no Brasil o vexatório privilégio (contrário à própria Constituição do Império, art. 179, inc. 17), subsistiu até 1844, quando do término da vigência do tratado de 1827 (nosso estudo “A Cidadania da Parte como Elemento de Fixação da Competência”, *Revista AJURIS*, vol. 3, p. 110).

Em matéria de competência, estrangeiros e brasileiros “recebem o mesmo tratamento na Lei brasileira e podem ser julgados, tanto no Brasil como no estrangeiro, sem que se acorde privilégio de jurisdição à parte que tiver nacionalidade brasileira. Excluída a nacionalidade, a Lei brasileira retém diversos outros elementos de conexão para fundamentar a competência exclusiva e a concorrente da Justiça brasileira” (*RePro*, 73/85).

No magistério de Barbosa Moreira: “Os arts. 88, I e 89, II, declaram irrelevante, em termos expressos, a circunstância de ser estrangeiro o réu ou o autor da herança, respectivamente. Poderia supor-se que, noutras hipóteses, o fator *nacionalidade* influísse de algum modo na determinação de semelhante competência. Não é assim: ao contrário do que tem ocorrido noutros sistemas jurídicos, o direito brasileiro, no particular, não estabelece distinções baseadas no fato de ser brasileira ou estrangeira qualquer das partes” (“Problemas relativos a litígios internacionais”, in *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, Ed. Saraiva, p. 140).

21. Tal afirmação é feita sem que olvidemos o disposto no revogado art. 151 do CPC de 1939, *in verbis*:

“Não influirão na competência do juízo as transformações posteriores à propositura da demanda e relativas ao domicílio, à *cidadania das partes*, ao objeto da causa ou o seu valor.”

Esta norma fora tomada ao Projeto Solmi (alteração ao CPC italiano), que dispunha:

“*Non influiscono sulla competenza del giudice i mutamenti dello stato relativi al domicilio, alla cittadinanza delle parti, all' obbietto della causa o al suo valore*” (Arruda Alvim, *Direito Processual Civil – Teoria geral do processo de conhecimento*, Ed. RT, 1972, vol. 2, p. 208).

O vigente “*Codice di Procedura Civile*” da Itália omite, todavia, menção à cidadania:

“Art. 5. *La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti dello stato medesimo.*”

É a orientação do código português (art. 63), que igualmente sublinha a irrelevância das modificações de direito, salvante se suprimido o órgão judiciário ou se ele deixar de ser competente em razão da matéria ou da hierarquia.

No mesmo sentido o vigente diploma processual brasileiro, no regram da *perpetuatio jurisdictionis*, art. 87.

22. Destarte, a circunstância de a autora, embora empresa de capital brasileiro (subsidiária integral da Braspetro, e esta subsidiária integral da Petrobrás), ter seu domicílio legal nas Ilhas Cayman, e uma das seguradoras não manter domicílio no Brasil (a outra mantém filial no território nacional), tal fato revela-se *de todo irrelevante* no concernente à definição de qual a Justiça competente do ponto de vista do direito internacional processual.

III. DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONCORRENTE

23. Constituindo uma das manifestações da *soberania estatal*, a Jurisdição é exercida nos limites territoriais do respectivo país, para a decisão daqueles litígios de alguma forma relacionados ao seu território.

No Brasil, como mencionado, exerce-se a jurisdição civil de nossos juizes e tribunais desde que o réu seja aqui domiciliado; ou no Brasil deva ser cumprida a obrigação; ou a demanda se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil; ou quando aqui estiver situado o imóvel objeto da lide; ou em nosso país estiverem situados os bens a serem inventariados (CPC, arts. 88 e 89).

Já a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4.9.42, revocatório da Introdução de 1916), dispunha que:

“Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.”

Ponto relevantíssimo, portanto, para a solução do principal quesito da consulente, o de saber *onde deveria ser cumprida* a obrigação assumida pelas seguradoras.

24. Diga-se, inicialmente, que nas ações em que se exige do réu o *cumprimento de obrigação contratual*, bem como nas



ações em que se pede indenização pelo inadimplemento ou mau adimplemento da obrigação contratualmente assumida, apresenta-se como foro competente o do lugar onde a obrigação deveria ser satisfeita: *forum obligationis*, ou *forum destinatae solutionis* – CPC, art. 100, IV, d.

Referiu Oscar Tenório que “o elemento essencial da obrigação, consoante a lição de Savigny, é o lugar da execução”. E, mais, que “a conclusão do contrato é um elemento accidental e transitório, que não tem qualquer relação com a substância da obrigação” (*Lei de Introdução ao Código Civil*, 2ª ed., Ed. Borsoi, p. 725).

Para Donald Annelin, cuida-se de uma “nova hipótese de fixação da competência internacional independente da anterior, de tal sorte que, mesmo não domiciliadas no Brasil as partes litigantes, desde que a execução da obrigação que as vincula tenha de se efetuar neste país, estará a demanda sob jurisdição nacional” (art. dout. in *RePro*, nº 2, pp. 131-157).

Como mencionamos em sede doutrinária, embora o Código de Processo Civil textualmente mencione apenas as ações destinadas a exigir o cumprimento da obrigação avençada, os motivos inspiradores da regra de competência aplicar-se-ão igualmente às demandas pelas quais se pretende indenização como sucedâneo da prestação, seu equivalente em pecúnia. Neste sentido inclina-se a jurisprudência: “Tratando-se de demanda relativa à reparação de dano, o foro competente é o do lugar onde se dará o cumprimento das obrigações pactuadas. Inteligência do art. 100, IV, b e d do CPC” (STJ, 3ª Turma, Resp. nº 84.642, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 24.6.96, p. 22.757).

25. As empresas alienígenas emiten-tes do *Performance Bond* sustentam que suas obrigações deveriam ser adimplidas nos USA, não no Brasil, desta premissa deduzindo a falta de competência da Justiça brasileira para apreciar a pretensão indenizatória em que figuram como co-demandadas, em litisconsórcio passivo com as empresas construtoras.

Partem as rés do asserto de que, “embora também atuem no ramo de seguros, firmaram o *Performance Bond* enquanto *sureties* (plural de *surety*), melhor traduzi-

vel em português como *garante* (como no caso), devedor solidário ou fiador, dependendo do contexto (...), figuras que não correspondem à de segurador” (contraminuta do Agravo de Instrumento, item 70).

Após várias ponderações sobre as obrigações do garantidor perante o dono da obra, e que “só serão exequíveis em caso de inadimplemento do empreiteiro (*default*) seguido da rescisão do contrato (*termination*)”, prosseguem reiterando que o *bond* foi emitido por elas garantidoras em Nova Iorque, “onde se obrigaram”; e aludem, ainda, a que “toda a negociação em torno da garantia teve lugar nos Estados Unidos, e o prêmio foi pago também em New York” (item 86). Chegam à conclusão, ao fim, de que “o pedido na ação foi de pagamento em pecúnia do valor expresso na garantia e, por uma questão de lógica, esta obrigação de pagamento seria exequível nos Estados Unidos, e não no Brasil” (*sic*, item 90). Além do mais, aduzem que, se ao invés de pagar a indenização, resolvessem terminar a obra às suas expensas, “poderiam fazê-lo em qualquer outro lugar que não o Brasil”, ou seja, transportando o navio para estaleiro situado no estrangeiro.

26. Cumpre todavia ponderar que, segundo a lei brasileira, para a determinação da competência internacional é de todo irrelevante o país onde a obrigação haja sido assumida e o contrato assinado, bem como indagar da nacionalidade ou do domicílio dos contratantes

A norma legal expressamente dispõe: “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – ...
II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – ...
Parágrafo único ...”

27. Ora, a mais perfunctória leitura dos contratos mostra que a obrigação das garantidoras deveria ser cumprida, em princípio, no Brasil, não passando do nível de mera especulação a possibilidade de deslocamento, por reboque, do imenso navio petroleiro para um estaleiro sito fora de nosso país.

No contrato instrumentado pelo *Performance Bond*, as emittentes comprometem-



ram-se *solidariamente* perante a proprietária – mediante o pagamento, segundo a consulente, de um prêmio de aproximadamente US\$ 5.000.000,00, – pelo cumprimento do Contrato de Construção, “o qual passa a fazer parte integrante deste documento, por referência” (item 1, do *Bond*).

Quais foram textualmente, as obrigações básicas assumidas pelas garantes? Segundo o *Bond*, a elas cumpria:

“4.1. Providenciar para que a Contratada, com o consentimento da Proprietária, cumpra e termine o contrato de construção; ou

4.2. *Comprometer-se a cumprir e terminar o contrato de construção por si mesma ou através de seus representantes ou através de empreiteiras independentes; ou*

4.3. Obter ofertas ou propostas negociadas de empreiteiras qualificadas e aceitas pela Proprietária para celebração de um contrato para o cumprimento e conclusão de um contrato de construção (...) e pagar à proprietária a soma de perdas e danos decorrente da inadimplência por parte da contratada, na forma descrita no § 6º, superior ao saldo do preço do contrato.”

28. Em suma: as garantes, tendo em vista mesmo o objetivo primacial do *Bond*, em caso de inadimplência das contratadas consorciadas deveriam *terminar as obras* de conversão do navio petroleiro em unidade flutuante de extração e armazenamento de óleo, quer atuando diretamente, quer através de empreiteiras idôneas aceitas pela dona da obra; responsabilizaram-se, ainda, pelo *resarcimento* à Brasoil do montante das *perdas e danos* excedente ao saldo do preço do contrato.

As empreiteiras contratadas foram empresas brasileiras, duas delas sediadas na cidade do Rio de Janeiro e uma na cidade de São Paulo, e as obras eram executadas em estaleiro na Baía de Guanabara.

O local de cumprimento da obrigação era, à evidência, aquele em que a obrigação de fazer deveria ter sido adequadamente cumprida pelas contratadas ou pelas garantes, estas como *assuntoras solidárias* das obrigações das empreiteiras consorciadas; não o local onde eventualmente poderia ser

efetivado o pagamento das perdas e danos pelo descumprimento, pelo mau cumprimento ou pela demora no cumprimento da obrigação original.

A meu sentir assistiu razão, destarte, à demandante no afirmar que “o inadimplemento das contratadas aconteceu e foi denunciado no Brasil. Após o inadimplemento, a própria conclusão da obra ocorreu no Brasil. Logo, *incontestável o fato de que a obrigação das seguradoras foi criada no Brasil, estando, por mais este motivo, a disputa em questão sujeita à jurisdição brasileira*” (p. 23 da petição de réplica).

IV. DA DUPLICIDADE DE FOROS DE ELEIÇÃO

29. O caso sob exame apresenta circunstância peculiar: a *duplicidade de foros de eleição*, nos contratos coligados.

No contrato principal, o contrato de construção, as partes, como contratante a Brasoil e como contratadas as empresas A, B e C, avençaram como *foro de eleição* o da comarca do Rio de Janeiro:

“Cláusula 21.1. – Fica eleito o foro da comarca do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para dirimir questões decorrentes do cumprimento deste Contrato, renunciando as partes, expressamente, a qualquer outro por mais privilegiado que seja.”

Já no contrato coligado ou dependente, o contrato de *garantia*, avençado entre as empresas acima mencionadas e as seguradoras United States e American Home, escolheram as contratantes *outro foro, verbis*:

“Seção 9 – Qualquer procedimento, de ordem legal ou equitativa, decorrente desta obrigação *poderá* ser ajuizado na jurisdição e no foro da Corte Distrital dos Estados Unidos, Distrito Sul de Nova York, e *deverá* ser ajuizado dentro de dois anos depois da inadimplência por parte da contratada (...).”

30. Impende sublinhar a distinção: neste contrato a eleição de foro consta em caráter *facultativo*: “...under this bond may be instituted in the jurisdiction...”; já a fixação contratual de um prazo decadencial consta no *Bond* em caráter *cogente*: “...and shall be ins-



tituted within two years after Contractor Default...” (grifamos).

O *Performance Bond* integra-se ao Contrato de Construção como seu Anexo X, e neste Contrato consta cláusula remissiva com o seguinte teor:

“Cláusula 22.2. – As disposições constantes dos Anexos complementam e/ou esclarecem o ajuste formalizado neste instrumento, porém não prevalecerão sobre cláusula expressa aqui estabelecida, devendo ser consideradas nulas todas as condições, estipulações, preços ou valores dos Anexos, quando contrariarem frontalmente o disposto neste Contrato” (grifamos).

31. Ante esta “duplicidade de ajustes”, devemos ponderar que:

a) a Brasoil não firmou o contrato de garantia, não elegeu foro outro que não o da comarca do Rio de Janeiro e, destarte, não está vinculada ao foro de eleição constante do contrato coligado, avençado entre as Contratadas e as Seguradoras. As empreiteiras, estas sim, estariam vinculadas, em termos, a tal eleição de foro;

b) a eleição de foro, constante do contrato coligado, revela caráter *nitidamente facultativo* – *may be* –: caso proposta a demanda perante a Justiça dos USA, então desde logo ficava escolhido, do ponto de vista territorial, o juízo da Corte do Distrito Sul da cidade de Nova Iorque;

c) a imposição de tribunal estrangeiro para dirimir lides relativas a contrato executado ou em execução no Brasil, é *ofensiva ao direito constitucional de acesso à Justiça brasileira* e, assim, ofensiva à própria soberania nacional. O direito de invocar a jurisdição brasileira não pode ser previamente (antes do surgimento, em concreto, da lide) excluído ou renunciado;²

d) as provas do inadimplemento das Contratadas são naturalmente as mesmas no que diz respeito às responsabilidades indenizatórias das ditas empreiteiras, como também às responsabilidades das *garantes solidárias* (testemunhas domiciliadas no

Brasil, perícias a serem aqui realizadas, documentação aqui existente), de forma a tornar *absolutamente desaconselhável, para não dizer processualmente defeso, submeter a foros distintos a pretensão contra as contratadas e a pretensão contra as garantidoras solidárias*.

32. O tema da vinculação entre a soberania estatal brasileira e as regras sobre a competência internacional é abordado em aresto do eg. Superior Tribunal de Justiça, no Ag. Rg. no AI nº 9.794, 3ª Turma, j. 21.6.91, de que foi relator o em. Min. Cláudio Santos.

Ante reclamo dos então agravantes de que, acionados no Brasil, não poderiam eles chamar ao processo os devedores solidários domiciliados no exterior (tese esta, diga-se, altamente controvertível!), consta do voto condutor que tal argumento não devia prevalecer, tendo em vista o *direito à Jurisdição* invocado pelo autor da ação:

“Com efeito, obrigar o suposto lesado a demandar na Itália, quando o Estado brasileiro assegura seu poder de julgar todas as causas contra o réu, brasileiro ou não, domiciliado no Brasil, é negar a própria soberania” (RT, 678/211-213).

33. A questão da eleição de foro estrangeiro é abordada, outrossim, em aresto da eg. Câmara Especial do TJ-SP, no julgamento do AI nº 8.275-0, j. 16.8.88, tendo o relator Des. Nobrega de Salles, com supedâneo em parecer do Procurador da Justiça Dr. José Roberto Bedaque (RT, 632/82-84), feito constar do acórdão, *verbis*:

“Mesmo que se aceite a possibilidade de eleição de foro, por se tratar de competência concorrente (cf. Donaldo Armelin, ob. cit., p. 148), é inaceitável que tal cláusula afaste a jurisdição brasileira, por violar princípio constitucional.

Válida a eleição de um foro estrangeiro, permanece a concorrência, isto é, a autoridade brasileira não estará impedida de apreciar a matéria; terá competência (ou melhor, jurisdição).

2 Reiteradamente temos sustentado esta tese; assim, *mutatis mutandis*, no caso, de certa forma semelhante, de prévia renúncia à Jurisdição estatal através de cláusula compromissória de arbitramento. Se atribuído caráter cogente a tal cláusula (como quer a Lei nº 9.307, de 23.9.96, arts. 4º, 6º e 7º), estará contrariada a norma imperativa do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Anota Armelin, na sua obra citada, p. 146, que é possível a 'causa vir a ser conhecida por órgão judicante de outra jurisdição naqueles casos especificados, sem que, entretanto, esta situação possa tolher a atuação da jurisdição nacional' "(grifamos).

V. DA QUESTÃO DA "EFICÁCIA" DA SENTENÇA

34. As seguradoras, em mais de uma oportunidade, vêm sustentando, inclusive com remissão a proposições contidas em obra do signatário, que competente internacionalmente não será a Justiça brasileira, porquanto esta não teria possibilidade, na prática, de tornar efetiva a sentença eventualmente proferida com condenação das 4ª e 5ª demandadas.

Sublinham, no azo, já existir ação em curso nos Estados Unidos, ajuizada anteriormente, e aduzem que, embora nosso diploma processual civil não reconheça a litispendência internacional, "o reconhecimento da jurisdição pela Justiça norte-americana tornará, no final das contas, qualquer decisão brasileira ineficaz, em especial no exterior e nos próprios Estados Unidos, onde estão sediadas as agravadas" (contraminuta do AI, item 93).

Em sede doutrinária, realmente dissemos que, em linha de princípios, "o exercício da jurisdição encontra limites no princípio da *efetividade*: o juiz brasileiro somente atua relativamente àquelas causas de alguma forma vinculadas a país estrangeiro, se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer cumprir sua sentença" (*Jurisdição e Competência*, 9ª ed., Ed. Saraiva, nº 47, p. 52).

Todavia, o princípio da *efetividade* não significa simplesmente que o juiz seja incompetente para proferir sentença que não tenha a possibilidade de cumprir: "cremos que o juiz deve ter uma preocupação maior em fazer justiça, em dizer o direito, e o princípio da *efetividade* deve ser usado mais para justificar do que para excluir a competência. Quando não tenha o juiz nenhuma outra razão para julgar a causa, deverá considerar que, se não o fizer, talvez ninguém mais o poderá fazer com efetividade, e por isso, então, julgar. Assim também deverá

proceder o legislador, ao submeter a causa à jurisdição nacional" (Werner Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1952, apud Agostinho Fernandes Dias da Silva, *A Competência Judiciária no Direito Internacional Privado Brasileiro*, Ed. Freitas Bastos, 1965, p. 25).

35. O pressuposto da *efetividade* embasa doutrinariamente as normas de nosso CPC atributivas da competência internacional concorrente.

No caso ora em análise, note-se aliás que uma das seguradoras, a American Home, mantém filial na cidade do Rio de Janeiro, onde foi citada: portanto, *considere-se legalmente domiciliada no Brasil*, a teor do parágrafo único do art. 88 do CPC. Além disso, está registrada na SUSEP desde 22.5.58 (Dec. nº 43.483).

A sentença a ser proferida na demanda indenizatória, *se procedente* o pedido de ressarcimento contra as seguradoras, pedido este baseado na garantia solidária decorrente do *Performance Bond*, é susceptível de ser executada em bens que a American Home possua no Brasil, tanto bens imobiliários e mobiliários, como igualmente a penhora poderá ter por objeto *direitos* decorrentes dos contratos que a empresa seguradora mantém em nosso país (CPC, art. 655, X, e § 1º, IV).

36. Além disso, a constrição poderá ser feita em bens das empresas rés situados em outros países com as quais o Brasil mantenha acordos de cooperação judiciária, e igualmente nos Estados Unidos, neste caso se a Justiça norte-americana vier a julgar "improcedente" a ação declaratória ajuizada nesse país.

Aliás, mesmo se a Justiça norte-americana der por procedente a ação declaratória promovida em Nova Iorque pelas seguradoras, tal decisão não poderá ser contraposta à decisão que, em sentido contrário, houver sido prolatada pelo tribunal brasileiro competente: *não será a sentença estrangeira executável no Brasil*, pois o processo civil brasileiro, vale repetir, não reconhece a litispendência internacional.

Assim, somente se a demanda promovida no estrangeiro já houvesse sido julgada, e a respectiva sentença já homologada

pelo Pretório Excelso, somente então não seria possível a *posterior* propositura da demanda no tribunal brasileiro (*Jurisdição e Competência*, cit., nº 48, *in fine*).

37. Diga-se, mais, que a mera possível dificuldade em executar uma sentença não é de molde a inibir o exercício da Jurisdição pelos tribunais pátrios, como com precisão afirmou, em importante julgamento no Pretório Excelso, o saudoso Ministro Pedro Soares Muñoz, *verbis*: “(...) o juiz não deve fugir à função jurisdicional, em face de eventuais percalços que possam surgir na execução da sentença. O dever dos tribunais é dar a prestação jurisdicional e tomar as medidas adequadas no sentido de que suas decisões sejam respeitadas e executadas” (voto proferido na ACO nº 298, Pleno, RTJ 104/928).

Em conclusão, o argumento *ad terrorem*, relativo a eventual ineficácia da sentença da Justiça brasileira favorável à Brasoil contra as seguradoras, não encontra guarida em nosso sistema judiciário.

38. Postas todas estas premissas, poderia a pretensão condenatória da Brasoil contra as empresas seguradoras ser submetida, como o foi, à Justiça brasileira, ou deverá ser julgada pelo tribunal do Distrito Sul de Nova Iorque – USA, indicado no *Performance Bond*?

Consideramos, salvo melhor juízo, que a demanda foi corretamente ajuizada perante a Justiça brasileira, pois incidente a competência concorrente prevista no art. 88 do CPC; não merece censura, destarte, o aresto do TJ do Rio de Janeiro que considerou competente o foro estabelecido no contrato de construção.

E isso por mais de um motivo suficiente:

a) os contratos, o de construção e o de garantia, são nitidamente “coligados”, mesmo porque as empresas estrangeiras obrigaram-se *solidariamente* com as empreiteiras, perante a dona da obra;

b) as obrigações de fazer previstas no contrato originário – conversão de um navio petroleiro em plataforma flutuante de extração de petróleo –, estavam sendo cumpridas em estaleiro na Baía de Guanabara, sendo portanto competente o foro do Rio de Janeiro, quer em termos de competência interna como em termos de competência internacional;

c) é juridicamente irrelevante a circunstância de a autora e as seguradoras terem sede em território estrangeiro, notando-se que uma destas, a American Home, é igualmente domiciliada no Brasil – art. 88, parágrafo único do CPC;

d) a eleição de foro constante do *Performance Bond* revela caráter apenas facultativo – *may be instituted*, e este pacto de garantia teve por partes signatárias as garantidoras e as empreiteiras, mas não a dona da obra, ora autora;

e) as normas definidoras da competência concorrente da Justiça brasileira, previstas no diploma processual civil, são de direito público e delas não podem os interessados previamente abdicar, eis que a disponibilidade da Jurisdição constitui manifestação inerente à soberania estatal;

f) o princípio da *efetividade* não é fator impeditivo da Jurisdição brasileira, porquanto a sentença a ser proferida poderá ser executada em bens e direitos das recorrentes situados no Brasil e, mesmo, conforme exposto no texto, em outros países e nos Estados Unidos.